

José Carlos Fernández Rozas, “Prólogo a la obra de N. Zambrana Tévar, *La determinación del Derecho aplicable al fondo en el arbitraje de inversiones*”, Cizur Menor (Navara) Aranzadi, Thomson-Reuters, 2010, pp. 1724, ISBN: 978-84-9903-700-4

Prólogo

1. Desde la vinculación doctrinal del Derecho internacional privado (DIPr) al Derecho internacional público en el ámbito de los procedimientos de producción jurídica, hasta la afirmación de la autonomía de aquél, se ha producido un importante debate doctrinal que ha perdido virulencia a medida que avanzaba el siglo XX con el repliegue de la denominada concepción internacionalista o externa. Dicho repliegue, sin embargo, no implicó su desaparición total, admitiéndose una cierta revitalización en los años sesenta, aunque desde nuevos parámetros. Baste retener aportaciones como la de W. Niederer respaldada por el carácter supraestatal del DIPr en atención a sus objetivos, la idea de su “función internacional” que ilustra la obra de H. Wiebringhaus, el esclarecimiento de la aplicación de ley extranjera sustentada en la autolimitación del orden internacional que está latente en la obra de R. Monaco, la construcción teleológica de G. Barile o la existencia propugnada por F. Rigaux de unos principios universales del DIPr, tales como el de autonomía de la voluntad, el del ordenamiento más estrechamente vinculado a la relación jurídica, la territorialidad de las leyes o el orden público. Puede afirmarse que con anterioridad a 1979 en que tuvo lugar la división académica de las disciplinas internacionalistas la doctrina española se afanaba en resaltar los lazos de unión entre el Derecho internacional público y el Derecho internacional privado, como se refleja en el “internacionalismo moderado” presente en las obras de A. Miaja de la Muela o de J.A. Carrillo Salcedo. Es cierto que con posterioridad a este evento la atención doctrinal se centró en la justificación de la autonomía formal y sustancial del DIPr y, junto a ese carácter autónomo, su plenitud,

es decir, la virtualidad de este ordenamiento para reglamentar, mediante sus propias normas, el conjunto de problemas que suscitan las situaciones del tráfico externo; mas las nuevas corrientes en la construcción del sistema no han podido desconocer los múltiples aspectos que relacionan en Derecho internacional público y de DIPr.

Sin que ello suponga un “retorno al pasado” en orden a la expresión de un sentimiento internacionalista perteneciente a otras etapas históricas, cada vez son más frecuentes, al margen de omnipresencia de las fuentes de carácter internacional o de la Unión Europea, los aspectos que interrelacionan ambas disciplinas. Baste atender a los contratos de Estado, a los efectos de las sanciones económicas sobre la contratación internacional, a los problemas derivados de la inmunidad de jurisdicción, a los efectos de las nacionalizaciones o a las cuestiones derivadas del arbitraje de inversiones entre las que destaca la cuestión del Derecho aplicable al fondo de la controversia. Esta es precisamente la cuestión objeto central de la presente monografía que tengo el honor de prologar donde Nicolás Zambrana realiza un sobrio ejercicio investigador merecedor de colocarla en el anaquel donde figuran por derecho propio las aportaciones de M. Eslava, A. Quiñones Escámez, F.J. Garcimartín Alférez o I. Iruretagoiena Agirrezabalaga.

2. Con carácter general, los inversores extranjeros están sometidos a las leyes de los países en que deciden operar, una vez que han establecido allí sus actividades. Salvo acuerdo en contrario, los tribunales locales son los competentes para decidir sobre diferencias en las que intervenga el trato dado a los inversores extranjeros. Pero además de esta jurisdicción interna, y para aportar una protección jurídica adicional a los inversores extranjeros, la mayoría de los países que son partes en los APPRIs consienten que se incluya la posibilidad de que los inversores privados recurran a un arbitraje internacional en caso de diferencia con el Estado receptor. Asimismo los APPRIs permiten que los inversores privados recurran contra el Estado receptor que infrinja el acuerdo a un arbitraje internacional. Dicho arbitraje ofrece distintas variantes como el

arbitraje *ad hoc*, con aplicación del Regl. Uncitral (los denominados impropriamente “arbitrajes Uncitral”), el arbitraje ante el CIADI o el arbitraje administrado por entidades especializadas como la CCI, la *London Court of International Arbitration* o la Cámara de Comercio de Estocolmo. La puesta en marcha del arbitraje en materia de inversiones tiene un contenido eminentemente unilateral; de ahí que se le denomine “arbitraje transnacional unilateral” y sus laudos están contruidos a partir del Derecho internacional público, sin perjuicio de que éste pueda hacer remisión al Derecho interno de un determinado Estado, a diferencia del arbitraje comercial donde los laudos derivan directamente de las previsiones efectuadas por las partes respecto al Derecho que debe ser aplicado.

La remisión de las controversias a este tipo de mecanismos supone una cierta ventaja para el Estado en litigio al permitirle “juridizarlo” evitando la politización inherente a los procedimientos clásicos de la protección diplomática. *V.gr.*, el art. 27 Convención de Washington de 1965 establece con rotundidad que en caso de que el procedimiento se haya iniciado en el CIADI, los países involucrados deberán abstenerse de ejercer cualquier protección diplomática en favor de su inversionista. Precisamente desde ciertos círculos se sostiene que esta disposición no excluye el arbitraje entre Estados sobre problemas de interpretación o aplicación de tratados que se relacionan con la diferencia entre un inversor y un Estado, siempre que ello no equivalga a que el Estado de origen del inversor haga suya la reclamación de éste.

3. El arbitraje de inversión pretende ser un mecanismo neutral que evite las reticencias tanto de los inversores extranjeros como de los propios Estados receptores. Y a esa neutralidad se unen otras ventajas inherentes al arbitraje comercial como la rapidez y la especialización de los árbitros de los procedimientos en comparación con los que se desarrollan en los tribunales internos; no obstante, la práctica arbitral ha demostrado que tales ventajas no son, en todos los casos, tan evidentes y, por tanto, la afirmación de las mismas debe realizarse con mucha prudencia, en especial cuando se habla de rapidez, economía y confidencialidad. Uno de los as-

pectos destacables del arbitraje transnacional en el ámbito de las inversiones extranjeras es que sirve de forma efectiva al objetivo de despolitizar las controversias. En una tesis doctoral reciente I. Iruretagoiena (*El arbitraje en los litigios de expropiación de inversiones extranjeras*, Barcelona, Bosch, 2010) habla, incluso, del efecto de “despresurización política” que provoca el mecanismo arbitral inversor–Estado de Derecho, al servir al objetivo de equilibrar relaciones interestatales desiguales en el plano político y económico internacional, y que suelen traducirse en presiones diplomáticas.

Aunque el objetivo primordial sobre los que se asientan los AP-PRI es servir de incentivo a nuevas inversiones la gran mayoría de ellos no sólo amparan las inversiones futuras sino que alcanzan a las ya realizadas antes de su entrada en vigor. Para ello establecen un marco legal que facilite una empresa y asegure una pronta compensación en caso de expropiación para el país receptor de capital extranjero y por ende es una importante condición previa para los inversores de los países desarrollados a la hora de invertir. Y dentro de este marco figuran los procedimientos de solución de controversias, aspecto que posee una relevancia especial ya que en el sistema incluido en gran parte de los tratados de inversiones si bien en una primera instancia se prevé que se pueda recurrir a tribunales competentes del país en el cual está asentada la inversión externa, en la práctica se establece la posibilidad de designar a un órgano arbitral si el tribunal local no se decidió sobre el fondo de la controversia durante un determinado período o si existe esa decisión del tribunal pero la controversia subsiste entre las partes. De manera gráfica puede afirmarse que estos tratados conducen a un arbitraje sin convenio arbitral previo quedando el Estado sujeto a un sistema arbitral sin firmar cláusula arbitral con el inversionista que lo solicita, simplemente porque un tratado le permite esa posibilidad.

Esto implica en la práctica que para la defensa de los intereses de los inversores externos en relación con actos de gobierno vinculados con las inversiones, éstos tienen libertad para acudir a instancias arbitrales y demandar directamente a un Estado por eventuales perjuicios. Y ello es una novedad introducida por los trata-

dos de inversiones, ya que anteriormente los inversores externos no tenían legitimidad para reclamar, y sólo lo podían hacer por medio de vías diplomáticas y por las acciones que podían implementar sus Estados de origen. Dando esto por sentado, la posibilidad de sometimiento a arbitraje si se deriva una controversia de la inversión abre una nueva realidad en las relaciones transfronterizas que empieza a ocupar una buena parte de la labor de las referidas instituciones arbitrales y que ofrece posibilidades ilimitadas junto al desarrollo del modelo tradicional del arbitraje comercial internacional.

Dejando a un lado los mecanismos previstos por los APPRIs para la resolución de controversias entre los Estados parte surgidas en torno a la interpretación o alcance de los mismos, por pertenecer su estudio al ámbito del Derecho internacional público, conviene, sin embargo, precisar que las controversias sobre inversiones entre un Estado contratante y el inversor nacional del otro Estado contratante de la totalidad de los modernos APPRIs insertan el arbitraje internacional como el mecanismo básico de solución de estas controversias.

4. Una cuestión clásica y fundamental en el arbitraje internacional es la determinación del Derecho aplicable. La especial fisonomía del arbitraje de inversiones fundamentado en un Tratado incide sobre el mismo concepto de fuentes aplicables, sobre la relación del Derecho internacional con el Derecho interno del estado receptor, singularmente, y sobre la confrontación entre el Estado en tanto que protector de inversiones y el Estado garante y factor, por vías e instrumentos variados, del interés general. Como el lector atento podrá comprobar a lo largo de esta monografía, el arbitraje de inversiones se está configurando como un método de resolución de controversias en el que se aplica mayoritariamente el Derecho internacional. En este contexto, el Derecho internacional constituye un orden jurídico plenamente operativo no sólo en sus aspectos de orden público sino concebido como orden jurídico sustantivo en el que los tribunales arbitrales pueden basar sus decisiones. Ello es así no sólo si las partes así lo han acordado o si la legislación del

Estado parte en la controversia dispone su aplicación, sino cuando la materia objeto de la controversia se regula directamente por el Derecho internacional. A este respecto, el art. 42.1º Convenio de Washington establece en primer lugar, que el Tribunal “decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de Derecho acordadas por las partes” para seguir, que “a falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado parte en la diferencia, incluyendo sus normas de Derecho internacional privado, y aquellas normas de Derecho internacional que pudieren ser aplicables”. Y es que en gran parte de los contratos en los que intervienen los inversionistas y el Estado receptor, constituyen verdaderos sistemas jurídicos autosuficientes donde la llamada “deslocalización” del arbitraje, tiene en esta área una doble vertiente, una inherente al procedimiento y otra privativa del Derecho sustantivo.

5. No parece que exista demasiado disenso en cuanto a las razones que avalan la elección, en primer lugar, del Derecho de autonomía por las partes. Constituye ésta una tendencia generalizada en el arbitraje internacional, que encuentra ciertas dificultades no obstante en su estricta aplicación al campo de los arbitrajes internacionales de inversiones. Como apunta con acierto Nicolás Zambrana, la cuestión de cuál es la ley aplicable al arbitraje, en el arbitraje de inversiones, no es pacífica. En términos generales, las decisiones de los árbitros han evolucionado desde posiciones que atendían a la primacía del Derecho local hacia construcciones en las cuales el Derecho internacional deja de ser considerado como una norma subsidiaria o con el objetivo de colmar eventuales lagunas (asuntos *Klockner I* o *Amco I*) para pasar a ocupar un papel protagonista (asunto *Wena*). Dicha evolución se pone de manifiesto en la presente monografía que muestra nítidamente como la jurisprudencia arbitral mas reciente ha ido decantando estas cuestiones, para declarar, sin negar la aplicación del Derecho interno, la primacía y el papel, suplementario, correctivo o integrador, del Derecho internacional para evitar que un Estado, el de la sede, ejerza su jurisdicción sobre otro Estado, violando así el principio *par in parem non habet jurisdictionem* (asunto *Aranco v. Indoneisia*). Como apunta el autor, habría que diferenciar entre arbitrajes

en los que se juzga una acción que se sitúa dentro de las potestades soberanas del Estado y arbitrajes de contenido comercial, dentro de los que se situarían los arbitrajes de inversiones, a no ser que se entendiera que, por ejemplo, una concesión de un servicio público es un acto de potestad soberana. En los casos en los que el arbitraje tenga contenido comercial, será más fácil entender que el Derecho internacional público no sea aplicable al arbitraje, del mismo modo que se suele denegar la inmunidad de jurisdicción para los actos *iure gestionis*.

Cuando una diferencia se somete al CIADI, el art. 42 de la Convención dispone que, a falta de acuerdo de las partes acerca de la ley aplicable, el tribunal resolverá la diferencia aplicando la legislación del Estado receptor y aquellas normas de Derecho internacional que pudieran ser aplicables. Esta disposición otorga prioridad a la libertad de las partes en la elección de la legislación aplicable, a la vez que orienta al tribunal sobre la forma en que debe escogerla cuando no hay acuerdo entre las partes. Bien entendido que no todo incumplimiento contractual del Estado constituye automáticamente una violación del Derecho internacional. En la práctica arbitral más reciente se observa que las decisiones del CIADI distinguen entre los incumplimientos contractuales y las violaciones de Tratado, aunque el establecimiento de la línea divisoria entre ambos no es fácil. El Comité *ad hoc* del caso CIADI: *Vivendi / Argentina* sostuvo que son cuestiones distintas un incumplimiento contractual y la violación de un APPRI, afirmando que “un Estado puede violar un tratado sin violar un contrato y *vice versa*”.

6. Dentro de la amplia bibliografía existente sobre el arbitraje de inversiones, la monografía de Nicolás Zambrana reúne las exigencias indispensables de orden metodológico que un trabajo de investigación debe cumplir en cuanto a novedad, actualidad y originalidad en el tratamiento del tema, fundamentación científica y posibilidades de introducción en la práctica. El autor no se ha limitado a trabajar con entusiasmo, siempre pasajero, sino con conciencia del deber inherente a un investigador, y ahora nos hallamos

ante el resultado de su abnegación. Al margen de otras virtudes, existen elementos complementarios que confieren al presente estudio un carácter muy meritorio. Señaladamente, la metodología utilizada que partiendo de construcciones teóricas sólidamente asumidas tiene un apoyo constante en la jurisprudencia arbitral y que conduce a un resultado satisfactorio en la ponderación de los componentes normativos en relevantes tanto de Derecho internacional público como de DIPr. Con ello Nicolás Zambrana soslaya una concepción periclitada que confina al DIPr a una simple cuestión de técnica jurídica vinculado a las normas y aislada de la realidad de la vida internacional y se adentra con paso firme en una materia de extraordinaria complejidad saliendo airoso del envite.

El origen del presente libro es fruto de la tesis doctoral que bajo mi dirección el autor defendió brillantemente ante un tribunal presidido por el prestigioso árbitro internacional Bernardo Cremades, y que contó con miembros especialistas en la materia como Faustino Cordón Moreno, Sixto A. Sánchez Lorenzo, Juan José Álvarez Rubio y Elena Artuch Iriberry, obteniendo la máxima calificación de sobresaliente *cum laude* por unanimidad. Dicho origen académico no resta fluidez a su lectura pues los materiales están ponderadamente ensamblados y Nicolás Zambrana, huyendo de referencias innecesarias que son habituales en muchos trabajos académicos, ofrece un esquema sólido y equilibrado cumpliendo con creces la obligación grave que constituye el estudio. Con ello esta monografía ocupa un digno lugar en la prestigiosa colección “Global Law” que dirige Rafael Domingo con gran destreza y experiencia.

Madrid, 14 de noviembre de 2010

José Carlos Fernández Rozas

*Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad Complutense de Madrid*